

## Ministério Público – Inconstitucionalidade, discricionariedade e ação civil pública. Considerações

Oswaldo Luiz Palu (\*)

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1 – A Declaração de Inconstitucionalidade *incidenter* na Ação Civil Pública (ACP) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn). Controle coletivo da constitucionalidade. 1.1. Eficácia e Autoridade da Coisa Julgada. 1.2. Ação Civil Pública, declaração *incidenter*, e Ação Direta de Inconstitucionalidade concomitantemente propostas. 1.3. Características da ADIn e Coisa Julgada. 1.4. ADIn Estadual e ADIn Federal Concomitantes. Solução dada pelo STF. 1.5. Conclusões. 2 – O Princípio da Separação de Poderes, a Discricionariedade Administrativa. 2.1. Imposições Constitucionais. 2.2. Ação Civil Pública e Discricionariedade. Limites. 2.3. A Natureza da Decisão. Mandamentalidade. 2.4. Limites ao Legislador. Conclusões.

Temas constantemente entrelaçados com os limites da ação civil pública são: o concernente à inconstitucionalidade, quando possível sua declaração *incidenter*, a se confundir com a ação direta de inconstitucionalidade; e b) o da discricionariedade administrativa, a tordar os provimentos nas ações civis públicas dirigidos ao Poder Executivo. São eles que se pretende analisar neste trabalho.

### 1. A ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade; inexistência de confusão de objetos. Controle coletivo da constitucionalidade.

A primeira das incompatibilidades apontadas, ainda hoje, dá-se entre a ação civil pública da Lei nº 7.347/85 e a ação direta de inconstitucionalidade, por uma suposta interpenetração de objetos, sendo que, como ostenta o provimento judicial da ação civil pública ou coletiva efeito, *erga omnes*, uma vez transitada em julgado estaria vedado o controle direto pelo Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal (dependendo se imputada a inconstitucionalidade ante a Constituição Federal ou Estadual); não seria também da competência do juiz singular o conhecimento da inconstitucionalidade, pelas peculiaridades da coisa julgada de tais ações.

De fato, trata-se de uma nova modalidade de controle de constitucionalidade, a ação civil pública e a ação coletiva, inserida no sistema difuso-incidental (positivo), que é o controle coletivo da constitucionalidade.

(\*) Mestre e Doutorando em Direito Constitucional.

Trata-se de um aperfeiçoamento em nosso sistema de controle de constitucionalidade. Faz muito se reclamam novos institutos e meios para fazer prevalecer os dispositivos constitucionais, podendo ser lembrados os Constituintes de 1934, quando foi proposta pelo então deputado Nilo Alvarenga a instituição de uma Corte de Justiça Constitucional, a quem caberia conhecer originária e privativamente das arguições de inconstitucionalidade. Justificava, no sentido de que os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais de nada valeriam sem as necessárias garantias de sua efetividade. Estas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis: “... é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial com função de exercer esse controle, anulando as leis inconstitucionais, *erga omnes*. Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato do direito. É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas na primeira fase da República, milhares de brasileiros, por abuso de poder e, de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia pública, resultantes de pesadas indenizações a cujos pagamentos a nação foi condenada. É preciso advertir com Gaston Jeze: ‘Para serem eficazes, os meios de defender as liberdades individuais devem ser rápidos, fáceis e baratos. Se a defesa é complicada, se é lenta e custosa, sua eficácia diminui, desaparece mesmo, praticamente. São armas enferrujadas para serem arrumadas na coleção de curiosidades constitucionais’”<sup>(1)</sup>

Diz parte da doutrina que a impossibilidade da propositura de ação civil pública ou coletiva com pedido *incidenter* de inconstitucionalidade decorreria das seguintes circunstâncias: ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão-só na área de competência do juiz e aplicando-se a regra *erga omnes*, cria-se um direito substantivo estadual diferente do nacional, violando a Constituição, que estabelece a unidade do direito substantivo, e haveria até a possibilidade de criar um direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área do juiz federal é inferior à do Estado; ou a inconstitucionalidade é declarada pelo magistrado de primeira instância para ter efeitos nacionais e há usurpação da função do STF.<sup>(2)</sup>

(1) ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR, “Revista de Informação Legislativa”, nº 57/239 e ss.

(2) HELY LOPES MEIRELLES, “Mandado de Segurança etc.”, p. 154.

Alguns julgados também têm sido, vez por outra, reticentes com a possibilidade de a ação civil pública tutelar a “inconstitucionalidade” das leis; por todos arestos da Primeira Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que, ao julgar a Apelação Cível nº 191 130 194, decidiu descaber ação direta de inconstitucionalidade “travestida” em ação civil pública. Questionava-se então a majoração, tida por inconstitucional, de alíquota referente ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), solicitando-se a repetição do indébito aos contribuintes lesados. Além de vedar a possibilidade da ação civil pública a defender interesses individuais homogêneos, estabeleceu o acórdão em certo trecho que: “Existe ainda uma outra razão a conduzir o raciocínio a idêntico resultado. É que em se tratando de tributo acoimado de inconstitucionalidade, há previsão de ação direta de inconstitucionalidade. O art. 102 da Constituição atribui ao STF competência para processar e julgar originariamente ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. O art. 97 da Constituição atribui ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, perante a Constituição Estadual e de lei municipal, perante a mesma e a Constituição Federal, inclusive por omissão. Ora, tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos produzem efeitos *erga omnes*. Admitida portanto a ação civil pública para obstar tributo havido por inconstitucional, abre-se a possibilidade da prolação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes*, o que seria um absurdo. Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação civil pública julgada pelo Tribunal de Alçada afirmando pela inconstitucionalidade de um tributo municipal e outra ação direta junto ao Tribunal de Justiça julgada improcedente. Qual decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro lugar? Por último? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade de se admitir ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade”<sup>(3)</sup>

### 1.1 Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada.

Distingue-se, primeiramente, a eficácia da sentença da autoridade da coisa julgada; a primeira é a imperatividade pertencente à sentença como ato do poder público, a segunda é a imutabilidade, a indiscutibilidade, que sobrevem com a preclusão das impugnações ordinárias a consolidar a sentença e seus efeitos.<sup>(4)</sup> Os limites objetivos da coisa julgada encontram-se no dispositivo da sentença e, se para identificá-lo exatamente se deverá procurar na motivação da

(3) “Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul nº 81/216”, *apud*, “Mandado de Segurança etc.”, HELY LOPES MEIRELLES, p. 155 e ss., 16ª ed., atualizada por Arnaldo Wald.

(4) ENRICO IULLIO LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Giuffrè ed., p. 295 e 308.

sentença os elementos indispensáveis da *causa petendi* e do *petitum*, isto não significa que “*i motivi siano coperti dalla cosa giudicata. tutt'al contrario (...) L'oggetto del giudicato è la concreta decisione sulla domanda proposta in giudizio*”<sup>(5)</sup>

Os limites da coisa julgada operam sem extravasão aos limites do pedido (artigo 128 do Código de Processo Civil, princípio da congruência): “adotando a corrente restritiva, no sentido de que a autoridade da coisa julgada limita-se ao dispositivo da sentença.”<sup>(6)</sup> A *causa petendi* é dividida em causa próxima (qualificação jurídica) e causa remota (fatos); os efeitos da coisa julgada dizem respeito exclusivamente ao fato essencial da ação, aquele delimitado pelo autor na inicial, e não a eventuais questões prejudiciais ou outras questões apreciadas na motivação da sentença. O limite objetivo da coisa julgada é restrito e tem por conteúdo somente o *decisum*.

Ora, na ação civil pública e em qualquer ação em que a inconstitucionalidade ocorra no sistema incidental-difuso, vem ela sempre proposta como questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença, não sendo o seu pedido mediato ou imediato (a utilidade efetivamente requerida); o objeto da ação civil pública e das ações coletivas é o constante de direito previsto na Constituição ou nas leis, tendo por eventual causa de pedir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (*causa petendi*); na ação direta de inconstitucionalidade, esta é o próprio pedido,<sup>(7)</sup> sendo objeto do processo expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional, no controle abstrato. Vale dizer, em uma tutela-se o direito objetivo, em outra, direitos subjetivos e (ou) interesses metaindividuais previstos no ordenamento jurídico. Em uma, não há interesses particulares em contraposição, é uma ação política, no sentido de que visa a harmonia da ordem jurídica, tutela-se o direito objetivo e por tal razão fala-se em processo objetivo, sendo desnecessário o contraditório, a presença de partes, é impossível a desistência da ação etc.; na outra, presente o interesse metaindividual, tutela-se o direito difuso, coletivo ou mesmo individual homogêneo.<sup>(8)</sup>

(5) Ibid

(6) JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “A Causa Petendi no Processo Civil”, p. 179, RI, 1993.

(7) NÉLSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, “Código de Processo Civil”, p. 1 017.

(8) A doutrina européia defrontou-se com situação assemelhada e contradisse, Gustavo Zagrebelsky, a possibilidade de se instaurar na via incidental uma questão autônoma (abstrata, sem lide) afirmando que “diverso, essencialmente, é o *petitum* de ambos os juízos: a tutela de uma posição subjetiva e o acerto sobre a constitucionalidade de uma lei. A diferença de *petitum* implica o requisito da relevância (...) Dito de outro modo, não é admissível diante de um juiz comum que tenha como pretensão a só declaração de inconstitucionalidade da lei (através da

## 1.2 Ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade concomitantes

Na ação civil pública ou coletiva (via incidental) eventual questão da constitucionalidade é sempre prejudicial, sendo diverso o pedido desta e a da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. A coisa julgada na ação civil pública ou coletiva diz respeito somente ao *decisum* e a questão da inconstitucionalidade, até então apreciada *incidenter*, jamais poderá ser por um juiz monocrático declarada *principaliter*, por lhe faltar competência (artigos 5º, 325 e 470, do Código de Processo Civil).

E, mesmo que a ação civil pública seja proposta concomitantemente com ação de declaratória de inconstitucionalidade (no Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça, depende do caso), não são incompatíveis os pedidos; uma quer anulado, reparado ou indenizado danos (condenando, desconstituindo, declarando etc), outra, unicamente a declaração da inconstitucionalidade do ato normativo. Se houver ação civil pública ou coletiva fundada em lei declarada inconstitucional, *incidenter*, nada obsta a que o STF entenda de modo contrário quanto à constitucionalidade da norma.

Hipótese impossível de ocorrer, é a da lei municipal, indigitadamente contrária à Constituição da República em processo objetivo (ação direta de inconstitucionalidade) posto descaber a mesma em tal situação. O único meio de controle judicial de leis municipais inconstitucionais, ante a Constituição da República, é a via difusa, decisão *incidenter tantum* (jamais *principaliter*) e, nesta, obviamente, o controle coletivo da constitucionalidade é mais prático e menos oneroso. Nesse sentido, é instrumento válido de controle da constitucionalidade das leis municipais, *incidenter*, matéria que, de um modo ou de outro, poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal na via do recurso extraordinário.

Mas suponha-se, por hipótese, uma ação civil pública questionando determinado ato administrativo editado com base em lei estadual e o pedido *incidenter* seja de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo frente à Constituição da República ou do Estado; concomitantemente, um dos legitimados propõe ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) no Tribunal de Jus-

proposição da questão à Corte). Ocorre que o autor ou o recorrente tenha como objetivo a satisfação de uma concreta e diversa pretensão, a respeito da qual a questão da constitucionalidade se coloque como instrumental. Se não fosse assim, teríamos uma alteração no sentido do sistema incidental, que se tornaria uma ação principal, essencialmente abstrata. A mesma coisa pode-se dizer em relação ao *petitum* e o interesse processual: o processo principal (*a quo*) pode mover-se somente com um interesse diverso daquele da declaração de inconstitucionalidade da lei e de sua eliminação.<sup>9</sup> *La Giustizia Costituzionale*, p. 195



tiça ou no STF (dependendo se a inconstitucionalidade se dará em relação à CE ou CR), no que concerne ao mesmo dispositivo estadual. Evidentemente que a coisa julgada sobre a inconstitucionalidade será a da segunda, jamais a da primeira. Anote-se que, no caso da inconstitucionalidade da ADIn estadual, caberá recurso extraordinário para o STF, se a norma for de repetição obrigatória, divisando-se caso de controle concentrado que não se esgota em um único julgamento.

Talvez o que se indague possa ser a hipótese de, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal julgar improcedente a Ação Direta de inconstitucionalidade federal, declarando, conseqüentemente, constitucional a norma impugnada, e se, anteriormente em ação civil pública, foi a mesma norma declarada, incidentalmente, inconstitucional, com o julgamento do pedido da ação em consonância a tal pressuposto. Pode-se indagar se a coisa julgada da ação civil pública ou coletiva, com a abrangência pertinente, fundada no pressuposto da inconstitucionalidade, poderia prevalecer 'contra' a ação direta de inconstitucionalidade. Ora, a decisão *incidenter* de inconstitucionalidade pode ocorrer em qualquer ação (não apenas na ação civil pública), se nos limites temporais, caberá a ação rescisória.

### 1.3 Características da ação direta de inconstitucionalidade e coisa julgada

Sobre as características da ação direta de inconstitucionalidade, ainda quando se tratava de ação interventiva, afirmou, a seu tempo, Alfredo Buzaid, que o objeto é o ato argüido de inconstitucionalidade, que autoriza a intervenção federal. O litígio constitucional não constitui prejudicial, mas o objeto principal do julgamento e fundamento da intervenção do Estado, o que só ocorrerá se o exigir o restabelecimento da ordem ou da tranquilidade públicas. Por isso, a lei não conferiu legitimidade a *quisquis de populo* para propor ação direta, mas única e exclusivamente ao Procurador-Geral da República. A inconstitucionalidade não pode ser declarada por qualquer tribunal, mas tão-só pelo Supremo Tribunal Federal. Declarada a inconstitucionalidade, o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; ou em outros termos considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula. Portanto, todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória.<sup>(9)</sup>

(9) "Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", 1958, p. 137

Já, sobre o instituto da coisa julgada, Celso Ribeiro Bastos, ao tratar do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal (especificamente das exceções ao instituto da coisa julgada):

"...um outro ponto importante, ainda, diz respeito ao seguinte: toda coisa julgada tem de certa forma implícita a manutenção das condições de fato ou de direito sob as quais foi produzida. Em outras palavras: a coisa julgada não é um meio de se reforçarem direitos pelo mero fato de eles já terem recebido o beneplácito Judiciário. Em direito público, é muito comum o autor reclamar a percepção de certas vantagens que, embora precárias, lhe são sem dúvida devidas na ocasião em que as pleiteia. O reconhecimento judicial do direito à percepção dessa vantagem não exclui a faculdade de o Estado revogá-la a qualquer tempo e, em assim procedendo, é curial que o próprio direito à percepção, embora já constante de decisão judicial com força de coisa julgada, também estará revogado. O inverso pode acontecer, sobretudo em matéria tributária. Um contribuinte demanda com o Fisco por via de defesa ou exceção, acerca da constitucionalidade de certo tributo. Perde a demanda e, em conseqüência, paga-o. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal, julgando representação promovida pelo Procurador-Geral da República, decide *erga omnes* que o mesmo tributo é inconstitucional. À primeira vista poderia parecer que só os que não estão colhidos pela força da coisa julgada é que poderiam rever as quantias pagas. Esta contudo não é uma solução correta. Aqui vige um princípio com força maior, que é o da isonomia, não se entendendo porque alguns devessem ficar privados da restituição só por terem demandado em juízo. Vê-se assim que a coisa julgada há de ceder, toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance."<sup>(10)</sup>

Lembre-se que: "...a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio mandado de segurança para esse fim."<sup>(11)</sup> A alegação de inconstitucionalidade pode ocorrer na instância única, na instância recursal, na própria ação rescisória de sentença ou revisão criminal, ou de nulidade da sentença, ou de declaração de inexistência de sentença.<sup>(12)</sup>

(10) "Comentários à Constituição do Brasil", p. 201/202, v. 2

(11) Acórdão inserto em RTJ 55/745 - rel. Min. Amaral Santos

(12) PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", t. III, p. 594

#### 1.4 Um caso mais complexo: ADIn Estadual e ADIn Federal. Solução dada pelo Supremo Tribunal Federal

Eventuais intercorrências com a coisa julgada e o objeto podem ocorrer entre a ADIn e qualquer outra ação onde a questão da inconstitucionalidade venha a ser colocada *incidenter*. Pode haver, por sinal, hipótese bem mais complexa, sem que se pense em ação civil pública ou coletiva, e nunca se pensou em 'limitar' a ADIn estadual. Refiro-me ao caso de lei estadual que fira um dispositivo da Constituição Estadual, de observância obrigatória, e seja proposta ação direta frente ao Tribunal de Justiça; ao mesmo tempo, a mesma lei viole dispositivo da Constituição Federal e um dos legitimados a agir junto ao Supremo Tribunal Federal proponha, também, ação direta, agora tendo por parâmetro a Constituição Federal. Por que não se indagar qual decisão prevalecerá se houver julgamentos simultâneos e contraditórios; acaso ambos com trânsito em julgado, qual prevalecerá? A hipótese é muito mais complexa que a anterior, do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, posto que, como dito, a ação civil pública não faz coisa julgada da inconstitucionalidade, sempre apreciada *incidenter*; as ações diretas sim. No último caso, parece razoável supor que:

"a) havendo ambas as ações, simultâneas, a ação direta que tramita pelo Tribunal de Justiça fique suspensa, aguardando decisão final do STF, que a vinculará se o tema for idêntico, ou poderá prosseguir para análise da constitucionalidade de outro dispositivo estadual, de observância não obrigatória; b) Se somente a ação estadual foi proposta e já tiver sido julgada, fará coisa julgada em relação à sua *causa petendi* e pedido, ou seja, a Constituição Estadual; c) se somente a ação estadual foi proposta e ainda não julgada, ou se vai ter a solução anterior ou o Supremo decidirá via recurso extraordinário, que caberá face a ser o dispositivo estadual repetição de idêntico da Constituição Federal, como já se disse."<sup>(13)</sup>

#### 1.5 Conclusão

De onde se percebe que, como não há dificuldade técnica e prática na propositura simultânea de duas ações diretas de inconstitucionalidade, não há dificuldade maior na questão de ação direta de inconstitucionalidade vs ação civil pública ou coletiva. São inconfundíveis seus objetos.<sup>(14)</sup>

Toda a polêmica havida é causada pela nova modalidade de controle da constitucionalidade, como se disse, inserido no controle difuso, que é o

(13) "Reclamação nº 386-SC", rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 155/699 e ss. Idem Reclamação nº 383-SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 147/404.

(14) NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, "Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor", p. 1 017.

controle coletivo da constitucionalidade (expressão do Procurador de Justiça Marino Pazzaglini Filho); modalidade de controle e incidental e positivo.

#### 2. O provimento jurisdicional da ação civil pública e a separação de poderes; a discricionariedade administrativa e o princípio da legalidade

No que concerne ao resultado prático da ação civil pública há que se afastar posição no sentido de que o Poder Judiciário, quando responde afirmativamente ao requisito de uma destas ações, julgando-a procedente, ao determinar ao Poder Executivo a consecução de atos e fatos jurídicos (providências materiais positivas), que dependeriam da livre e prévia opção dos agentes políticos ou previsão orçamentária, insinua-se no espectro da discricionariedade, então reservada exclusivamente ao administrador, violando, também, o princípio da separação de poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição da República.

Em relação ao tema, algumas considerações devem ser feitas na relativização dessa proposição, a não considerar importantes aspectos da questão, especialmente no concernente à extensão da separação de poderes e ao conceito de discricionariedade.

Evidente que o princípio inserido no artigo 2º da CR/88 é extremamente caro ao Direito Constitucional, com importância capital na coarctação do arbítrio, na adstrição do poder às normas e na garantia das liberdades públicas. Portanto, sem objetivo a conspurcar tão relevante princípio, há que se reconhecer, com J. J. Gomes Canotilho<sup>(15)</sup>, tendência a considerar que a teoria da separação de poderes engendrou um mito, esse consistente em:

'atribuir à obra de Montesquieu um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados, e que cada poder recobriria uma função, sem qualquer interferência dos outros. Esta teoria jamais existiu em Montesquieu; mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era da combinação de poderes. O verdadeiro problema político que surgia era combinar estas três potências e, desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política que sairia como favorecida.'

Em sentido bastante parecido, Konrad Hesse<sup>(16)</sup>. A alegação de violação ao princípio da separação de poderes poderia ser entendida, ainda em ter-

(15) "Direito Constitucional", Almedina, p. 267.

(16) 'Uma compreensão da divisão de poderes como princípio da Constituição atual torna necessário separar-se da idéia tradicional, que na divisão de poderes nada mais vê que um meio de moderação de um poder estatal primitivamente existente, uniforme que, por repartição, separação e um sistema de refreamentos e controles, a favor da liberdade do particular, deve ser limitado ( ) objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal – limitado. Essa tarefa

mos, caso houvesse violação ao ato político,<sup>(17)</sup> ou ato de governo, mas não é deles que tratamos.

No Estado Democrático de Direito, onde se busca incessantemente o bem comum, vários mecanismos jurídicos – são estes que nos interessam – limitam a liberdade do administrador a tomar decisões, ou fazê-lo inteiramente ao sabor de sua vontade, ‘constrangimentos’ constitucionais e também legais. Esses ‘constrangimentos’ dirigidos ao Executivo (e também ao Legislativo) em hipótese alguma maltratam o princípio da separação de poderes, sendo alguns deles: a existência de previsão para se suprir a omissão inconstitucional; as imposições constitucionais, a considerar que existem no ordenamento ordens constitucionais de ação ao Poder Público; e as limitações à liberdade ao Executivo derivadas dos limites impostos à discricionariedade e imbricadas pela via da atuação jurisdicional. Resulta disso, conclui Maurício Antonio Ribeiro Lopes, que a liberdade administrativa (em rigor apenas um encargo, um dever de reconhecer a solução ideal) ‘... é muito maior ao nível da norma do que perante o caso concreto. Em face dele, afunila-se o campo da discricionariedade e pode chegar ao extremo de desaparecer nas hipóteses em que, perante um juízo normal, razoável, se torne evidente que uma única medida é idônea para preencher a finalidade normativa, dadas as características da situação vertente’ (‘Ética e Administração Pública’, pág. 48, RT, 1993, negrito ausente no original).

## 2.1 Imposições constitucionais

Abro parênteses antes de prosseguir para considerar não ser desassissado afirmar que a própria Constituição, em alguns dispositivos, parece impor aos poderes políticos a realização de objetivos ou fins; nem sempre dependentes de legislação ulterior, como, por ex., os dispositivos do

requer não só o refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, e sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções estatais, dos órgãos aos quais é confiado o exercício dessas funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos. É essa coordenação que indica o tema fundamental da divisão de poderes na ordem constitucional da Lei Fundamental (...). Essa distinção (das três funções básicas, da legislação, execução e jurisdição) não tem o caráter de exclusividade. Ela indica determinados tipos básicos do modo de cumprimento de tarefas’ (‘Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha’, p. 369 e ss. Sérgio Antonio Fabris Ed, 1998)

- (17) Régis Fernandes de Oliveira chama-os de ‘atos de governo’ afirmando serem praticados somente pelo chefe do Poder Executivo (ou Ministros por delegação) derivando diretamente da Constituição, não são imunes à apreciação judicial ou legislativa (política), são atos administrativos como por ex., a convocação extraordinária do Congresso Nacional, o rompimento de relações com Estado estrangeiro, o veto ou a sanção etc (‘Ato Administrativo’, p. 166, RT).

artigo 225, §1º, II, e VII da CR/88<sup>(18)</sup> Trata-se do que J. J. Gomes Canotilho, em obra dirigida preferencialmente à omissão legislativa, chamou de imposições constitucionais, a saber: “... a designação que se vai adotar preferentemente para as normas constitucionais que impõem, através de ordens, instruções e diretivas, a realização de tarefas e a prossecução de fins é a de imposições constitucionais”<sup>(19)</sup> O próprio autor afirma que o destinatário das imposições citadas não é, exclusivamente, o legislador, mas também, muitas vezes, o administrador e o juiz,<sup>(20)</sup> havendo casos em que a aplicação imediata dos preceitos constitucionais pode ser feita ‘sem a mediação legislativa’.

Em certo sentido, mas limitando seus efeitos a situações subjetivas em seu aspecto negativo, é o que José Afonso da Silva afirma, ao tratar das normas programáticas, dizendo a respeito dos dispositivos dos artigos 215, 215, §1º e 216, §1º da Constituição do Brasil,<sup>(21)</sup> haver, aí, uma “peremptoriedade da norma, que a faz *in fieri* para a eficácia plena, a ponto de poder-se discutir se, apesar de um certo sentido de programa a realizar, não se acham, aí, traduzidos, se não direitos subjetivos, ao menos um interesse legítimo que implica, no mínimo, obrigações administrativas de aparelhar-se para executar a norma”<sup>(22)</sup>

- (18) “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) II – preservar a diversidade biológica e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético (...); VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam animais a crueldade”) ou dos artigos 180, IV, 208, e 209 da Constituição do Estado (“No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão: (...) IV – a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública”; “Fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo d’água”; e “O Estado adotará medidas de controle da erosão, estabelecendo-se normas de conservação do solo em áreas agrícolas e urbanas” Conf também CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 174

- (19) “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, p. 292.

- (20) Cita o autor o exemplo do artigo 36, § 4º, da Constituição da República Portuguesa: ‘Art. 36. (Família, casamento e filiação) 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação’.

- (21) “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso a fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”; “O Estado protegerá as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”; “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação...”

- (22) “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 149



As 'imposições constitucionais' podem, assim, ser tidas por ordens ou diretivas designadamente a realização de tarefas e a prossecução de fins, hierarquicamente superiores, da Constituição. Algumas dirigidas ao legislador (talvez a maior parte), resolvem-se, em caso de descumprimento, juridicamente pela via da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.<sup>(23)</sup> Estão presentes em quase todas as modernas constituições, embora em maior número nas chamadas 'constituições-balanço'; conseqüência do que foi dito, acaso a imposição constitucional requeira um tal grau de liberdade somente presente na função legislativa (portanto fora da executiva ou judiciária), tal imposição será, claramente, uma 'ordem de legislar'. As imposições são diretrizes permanentes e concretas e não normas programáticas ou principiológicas, estas de caráter permanente e abstrato ('construir uma sociedade livre justa e solidária', 'erradicar a miséria' e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais', 'promover o bem de todos sem preconceito de origem', etc).

Não se poderá também baralhar o conceito de ação civil pública com a de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, posto ser este um modo abstrato de controle da omissão inconstitucional, via de regra, omissão do legislador, cujos legitimados são taxativamente previstos na Lei Maior<sup>(24)</sup> e eficácia simplesmente normativa ou mandamental (no caso de omissão praticada por órgão administrativo). O fato de que o mandado de injunção seja admissível somente junto aos órgãos judiciários colegiados – e aqui um modo concreto de controle de constitucionalidade por omissão – indica que o modo incidental não foi permitido pela Constituição ao controle omissivo de providência legislativa (e tão-somente desta).

(23) A imposição constitucional que se categoriza em 'ordens de legislação' não interessa aqui, mas apenas os vetores condizentes na omissão dos poderes públicos na prática de atos impostos pela Constituição.

(24) Art 103 Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa da Assembléia Legislativa;
- V – o Governador de Estado;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O Supremo Tribunal Federal restringe a omissão inconstitucional 'apenas aos casos de omissão de caráter normativo e não a referente à prática de ato em caso concreto'.<sup>(25)</sup> A omissão, em obediência à imposição constitucional, não é a da função legislativa de produzir regras gerais de conduta (lei formal e material), típica do 'dever de legislar', que diz com a 'liberdade de conformação' do legislador.

Trata-se apenas da omissão dos poderes públicos em praticar o ato constitucionalmente obrigatório, conduta omissiva que leva à 'juridicização' da questão, via adequada à consecução de uma das funções típicas do Ministério Público, prevista no artigo 129, II<sup>(26)</sup> da Constituição da República. A 'medida necessária' propugnada pelo *parquet*, a suprir a omissão, pode não ser, necessariamente, uma 'medida jurisdicional', mas administrativa, sendo a questão, porém, 'jurisdicionável' (passível de ser objeto de uma decisão judicial). A tal omissão, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já admitiu de providência jurisdicional<sup>(27)</sup>, conforme Súmula nº 429 do STF. Referindo-se a aplicabilidade direta de determinadas normas constitucionais e aceitando a ação civil pública, entre outras, para tutelar vetores constitucionais, é a lição de Luis Roberto Barroso.<sup>(28)</sup>

Claro que se tem em vista, ao assim afirmar, que hodiernamente é vitorioso o princípio da supremacia da constituição e não mais o da 'supremacia do parlamento' ou 'assembléia', na concepção rousseauiana. Claro que a idéia de imposição constitucional está vinculada, ainda que algum grau, ao caráter finalístico da lei fundamental. Tratando-se de imposição constitucional, atribua-se à mesma o caráter de 'juridicização' da questão naquelas normas que prevêm um 'prazo para execução' ou, ao menos, contém 'ordem inequívoca' dirigida aos poderes públicos, vencido período razoável para cumprimento espontâneo (realização processual da imposição constitucional).

Tenha-se em vista, ainda, que a Constituição do Brasil refere-se, nas imposições aqui referidas, como destinatário, ao 'Poder Público', ao 'Estado', e, não, o que denotaria uma simples imposição legiferante, ao 'legislador' ou à 'lei'.

(25) (ADIn nº 19, Rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU 14.4.89 – CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade", p. 233)

(26) "Art. 129. São Funções Institucionais do Ministério Público: (...) II. Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia."

(27) HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo" p. 97, 21ª ed. 1996.

(28) "O Controle Constitucional e a Efetividade de suas Normas" p. 145 e ss., Renovar, 3ª ed., 1996.

Por vezes, a Constituição deixa de ser principiológica, indo a minúcias, regulando de maneira inteiramente vinculada um dado comportamento administrativo obrigatório. Em caso de tal ordem, poderá haver, então, necessidade da providência material do Poder Público com ou sem lei, pois que a ausência dessa, da qual o ato seria providência jurídica de caráter complementar, não lhe obstará a execução.<sup>(29)</sup>

Se a Constituição instituiu instrumentos jurídicos para constranger um parlamento, por vezes recalcitrante em cumprir seu poder-dever magno, qual seja de votar e editar atos normativos (e os meios são a ADIn por omissão, também o mandado de injunção), há que se indagar qual seria o pejo em criar instrumentos jurídicos hábeis a constranger uma administração recalcitrante em cumprir vetores e determinações, diretas e concretas, da lei ou mesmo da Constituição. Note-se que, entre outros, o artigo 129, II, e III, bem se presta a tal papel, ativando a jurisdição, cujo órgão de cúpula do sistema é também o 'guardião precípua da Constituição' (art. 102, CR/88).

Entretanto, sem pretender avançar nesse tema, amplo e polêmico, e também por observar que as imposições constitucionais, bem como a maioria das normas constitucionais para as quais o sistema de *enforcement* está na atuação do *parquet*, já têm expressão infraconstitucional, sendo o caso, portanto, de se aplicar o princípio da legalidade em todas as suas consequências.

## 2.2 Ação Civil Pública. Discrecionabilidade e limites

A questão central aqui tratada diz respeito à discrecionabilidade. Há que se extremar, de início, o conceito de discrecionabilidade daquele que entrega ao administrador o poder absoluto de valorar o que seja o interesse público, o juízo final acerca das providências administrativas para a consecução desse interesse. Com a devida cautela na transposição de conceito do direito administrativo para o constitucional, conforme, a propósito, J.J. Gomes Canotilho,<sup>(30)</sup> ao transpor o conceito de discrecionabilidade administrativa para o de 'discrecionabilidade do legislador', lembre-se com Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>(31)</sup> que em um primeiro e importantíssimo aspecto que concerne à discrecionabilidade é o temporal, é o do momento da prática do ato: "...se a lei nada estabelece a respeito, a Administração escolhe o momento que lhe parece o mais adequado para atingir a consecução da administração de determinado fim".

(29) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., p. 174. No sentido do texto, consultar artigo de DIOMAR ACKEL FILHO, 'Discrecionabilidade Administrativa e Ação Civil Pública' in RT 657/50.

(30) 'A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador', cit., p. 221 e ss.

(31) 'Direito Administrativo', ob. cit., p. 178.

Em realidade, debate-se acerca da amplitude da 'liberdade de escolha' do administrador, tanto no que concerne aos 'efeitos jurídicos da norma' como aos 'pressupostos do fato'.<sup>(32)</sup> Não haverá discrecionabilidade na aferição dos fatos relativos ao interesse público, mas somente quanto ao conteúdo da atividade, visando esse fim (interesse público, já eleito pela norma), por ex., nas hipóteses formuladas por Renato Alessi, no sentido de que a determinação do interesse público necessário para legitimar o uso do poder de ação por parte da Administração poderá ser precisa ou imprecisa. Será precisa quando se realiza exclusivamente mediante a indicação de condições de fato, cuja natureza seja tal que admita somente uma verificação de sua existência, excluindo qualquer valoração da medida em que existam, já que não suscetíveis de existência em medida distinta, com o que, uma vez comprovada sua existência, deve-se considerar a existência do interesse público capaz de legitimar a resolução e a Administração não está somente facultada para ditar tal resolução, mas obrigada a tanto; ao contrário, será imprecisa quando: a) consista também na indicação de condições de fato suscetíveis somente de uma mera comprovação, porém, correspondendo à Administração, após tal comprovação, o poder de valorar se uma decisão é ou não oportuna em relação ao interesse público, sendo a Administração facultada não obrigada a atuar; ou b) quando consista na indicação de condições de fato suscetíveis, não somente de uma comprovação, mas também de uma valoração, uma apreciação da medida em que existam por tratar-se de condições que podem existir em maior ou menor grau (pobreza, estado de necessidade, boa conduta etc); ou c) consista na simples indicação da especial natureza do interesse público que a atividade deve satisfazer (v.g., 'bem comum', 'bons costumes'); ou d) finalmente, consista em um simples referência, inclusive simplesmente implícita, ao interesse público. Afirma, então, o autor:<sup>(33)</sup>

"No caso de determinação precisa do interesse público, a Administração não tem poder algum de valoração deste em relação à oportunidade de atuar ou não, pelo que sua atividade chama-se vinculada (...) se a determinação for imprecisa, a Administração tem o poder de valorar a oportunidade de atuar ou não, poder que é mais amplo na medida em que se passa do primeiro às últimas hipóteses expostas (...) O poder de apreciação do interesse público com a finalidade de decidir a conveniência ou não da ação administrativa chama-se poder discrecionário ou discrecionabilidade, enquanto que a atividade discrecionária é a atividade em cuja realização existe uma esfera de

(32) J. J. GOMES CANOTILHO, "A Constituição Dirigente..." ob. cit. p. 229.

(33) 'Instituciones' ob. cit., p. 188-9.



discrecionariedade. O poder de apreciação do interesse público pode existir conjuntamente em relação ao fato da realização da atividade em si mesma, e do conteúdo desta atividade, ou separadamente em cada um desses elementos, de modo a se apresentarem quatro situações: a) atividade vinculada tanto quanto à sua realização ou não, quanto a seu conteúdo (a matrícula escolar de quem comprove os requisitos legais); b) atividade vinculada quanto à sua realização mas discrecionária quanto ao seu conteúdo (ex. a concessão obrigatória de prêmio por rendimento a empregados, prêmio cuja quantia será estabelecida pela administração); c) atividade discrecionária quanto a sua realização, mas vinculada quanto ao seu conteúdo (expedir um atestado de boa conduta); e d) atividade discrecionária tanto no que se refere à sua realização quanto ao seu conteúdo (emitir norma de urgência em matéria de edificação ou saúde pública)."

Assim, a lei pode deixar certa margem de liberdade de apreciação à Administração quanto: a) ao momento da prática do ato; b) à forma do ato; c) ao motivo do ato; d) à finalidade do ato; e e) ao conteúdo do ato.<sup>(34)</sup> Ora, o grau de liberdade pode transitar, fluidamente, entre um ou todos os requisitos citados, sendo maior ou menor a discrecionariedade, aumentando quando se passa da primeira à última hipótese. A norma (seja constitucional ou legal), ao valorar e eleger o interesse público permissivo da atuação administrativa (finalidade) pode fazê-lo com certa imprecisão, refletindo no próprio motivo do ato, como se disse no início do trabalho. No que nos interessa, a objetividade descrita, ou forma genérica ('interesse público'), ou, mesmo específica ('moralidade pública', 'salubridade pública', 'saúde pública', 'meio ambiente'), vazado em conceitos elásticos e relativamente fluidos. Mesmo o momento da prática não fica ao exclusivo e muitas vezes indiferente critério do Executivo.

Note-se que o exame do caso concreto é fundamental para concluir-se acerca da descrição, e seu grau, na prática ou na omissão da prática de um ato. Assim, tais noções amplas e relativamente imprecisas têm um conceito nuclear sobre o qual não haverá dúvida sobre o cabimento ou não da conceituação, onde não haverá discrecionariedade alguma. Sendo a finalidade eleita pela norma, se os motivos da atuação também forem indicados de forma imprecisa, ou mesmo não forem indicados, haverá certa discrecionariedade na aferição dos pressupostos fáticos, no caso concreto, havendo grau de discrecionariedade.

A discrecionariedade existe para proporcionar a melhor escolha, presentes os requisitos indicados, em cada caso concreto, eis que a opção do administrador pode haver violado aquela zona de certeza (todos aqueles que apreciem o fato com razoabilidade assim entenderão) ou aquela zona de exclusão

(34) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ob cit p 205

(todos aqueles que apreciarem o fato com razoabilidade assim entenderão), não permanecendo nos limites de opção válida apenas situado nas zonas limítrofes do conceito impreciso ou vago.

Sempre o Poder Judiciário poderá invalidar a opção, explicitando se existe e até onde vai a discrecionariedade, no caso concreto. Acaso exista a discrecionariedade, a opção será do administrador; mas esta pode existir em grau menor do que o aventado pelo administrador, ou em elementos do ato administrativo diverso daquele suposto pelo mesmo. Imagine-se norma que determine a preservação do meio ambiente ou saúde existente faz muitos anos e completamente ignorada pela administração, que continua a remeter por ex., dejetos *in natura* nos rios e córregos d'água, poluindo, destruindo os ecossistemas e conspurcando as fontes de captação hídricas etc. Há que se indagar se discrecionariedade, no caso quanto ao momento da atuação, permite a omissão durante tempo indeterminado, malgrado a existência da norma elegendo e valorando o interesse público (proteção ao meio ambiente, saúde), estando evidente a presença dos pressupostos fáticos da atuação. Poderá o Poder Judiciário, instado, obrigar o Poder Público a agir, seja a condenar o Poder Público a inserir dotação suficiente no orçamento seguinte ao *decisum* à consecução das providências necessárias, fatos administrativos, sendo que o conteúdo do ato administrativo (objeto) ficará a seu alvedrio. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, determinando fosse procedido o tratamento de esgotos domésticos, com a realização das obras necessárias (Ap. nº 158.646-1/0, Marília, Rel. Des. Cesar Peluso; Ap. nº 164.488 1/7, Votorantim, Rel. Des. Ney Almada; Ap. 199 678.1/5, Rel. Des. Andrade Marques, esta última contra a CESP). Convém remarcar que o decurso do tempo e as naturais alterações das circunstâncias fáticas que se processam, podem fazer com que uma opção administrativa, em um momento primeiro claramente a critério do administrador, deixe de ser amparada em um daqueles casos limítrofe e reflua para um núcleo de certeza, impondo a ação administrativa.

Concluindo, ainda com Celso Antonio Bandeira de Mello, a descrição na norma não garante um *bill* de indenidade para a prática do ato ao talante do administrador, posto que a discrecionariedade do ato administrativo somente existe *in concreto* perante o quadro fático subjacente, o que denota umbilical correlação com os motivos (não a 'motivação', não o 'móvel' do ato). E o Poder Judiciário poderá invalidar opções administrativas, ou constranger a administração a atuar (nos casos concretos), tanto nos casos onde se discuta se havia ou não descrição ou vinculação, mas, talvez mais importante ainda, se a amplitude da descrição se estendia até onde se pretendeu fosse

### 2.3 A natureza da decisão. Mandamentalidade

A natureza da decisão, de que estamos tratando, onde o réu é o poder público, tem inegável caráter mandamental, posto emitir-se uma ordem ao agente público (art. 129, II, III, por ex., da CF/88); acaso se trate de obra imprescindível à prestação do serviço público ou de relevância pública, ou meio ambiente etc, nada obsta a obrigação a que seja inserido no orçamento dotação orçamentária para a realização ou o início da mesma.

Claro que a execução da ordem mandamental, nos casos que tais, convertem situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas, 'juridicizando' o processo decisório, tornando-o complexo. Embora tais decisões sejam juridicamente vinculantes, sua execução está submetida, dentre outras condicionantes, à 'reserva do financeiramente possível' <sup>(35)</sup> Mandamentais, inclusive para a dotação orçamentária, não ficará ao critério do administrador executar ou não o provimento material determinado.

Uma conclusão diz que em se tratando de imposição constitucional ou norma onde exsurja o interesse público, dirigida ao Poder Público, presente a legislação adequada, a Administração encontra-se com a sua atividade vinculada quanto à sua realização, posto que o interesse público já foi eleito pela norma, remanescendo discricionariedade no sentido exposto, apenas quanto ao conteúdo do ato a ser praticado, eis que o modo como se dará a atuação ficará a critério da Administração, à qual remanesce, ligada a esta atuação, a chamada 'discricionariedade técnico-administrativa' <sup>(36)</sup>

Régis Fernandes de Oliveira <sup>(37)</sup> critica o conceito da 'discricionariedade técnica', dizendo que se algum ato necessita de regras técnicas para ser praticado, são elas anteriores à sua emanção e, ademais, apenas se pode chegar, pelas regras técnicas, a uma única conclusão. O exemplo é do autor: pretende-se construir uma ponte e estudos técnicos realizados apontam para duas soluções, ou será construída ponte de concreto, sob colunas, ou de ferro, com tábuas suspensas. Ou ainda atenderia melhor ao interesse público implantar-se um sistema de balsas para o transporte. Diante das opções técnicas que forem apresentadas, aí entrará o interesse público e o poder discricionário para valorá-lo; serão pesadas as despesas, o fluxo de tráfego, o interesse viário etc.

Seja como for, aceito o conceito ou não, ainda no exemplo dado, ao administrador caberia optar entre os modos de atuar (construir a ponte, implantar o sistema de balsas etc). Mesmo numa imposição judicialmente obri-

(35) *apud* CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, *ob. cit.*, p. 240

(36) RENATO ALESSI, *ob. cit.*, p. 195 e ss

(37) "Ato Administrativo", p. 93

gatória para a consecução da obra ou do serviço, caberia a opção pelo modo de atuar dentro das variantes técnicas válidas.

### 2.4 Limites ao legislador

A solução, em ambos os casos aqui apresentada, não é absurda, pois, a rigor, observa-se crescente atuação da jurisdição em campos onde, outrora, entendeu-se tal impossível. Mesmo o ato legislativo por excelência, a lei, antiga expressão da 'vontade geral', encontra limites que podem ser estabelecidos pelo Poder Judiciário. A rigor, sob esta ótica há quase dois séculos John Marshall prolatou seu voto no célebre caso *Madison vs. Marbury* afirmando a possibilidade de o Judiciário declarar nulo um ato típico do Poder Legislativo. <sup>(38)</sup>

Mesmo a discricionariedade do legislador não é absoluta; encontra-se ele preso às determinações constitucionais, mas somente a elas, ao contrário do administrador e do juiz, também submersos à lei (o STF é, entretanto, o guardião precípua da Constituição, estando, portanto em situação de preeminência). Hoje se aceita a sindicabilidade até mesmo do ato legislativo, a lei, em seus fins, inclusive. <sup>(39)</sup>

(38) Disse Marshall que, sendo o ato legislativo inconciliável com a Constituição nulo, obrigaria ele, não obstante sua nulidade, aos tribunais, obrigando-os a executá-lo? Por outras palavras, dado que não seja lei, subsistiria como preceito operativo, tal qual se o fosse? Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição a lei de modo que o tribunal haja de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo a Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável eleger, dentre os dois processos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, pois, os tribunais não podem perder de vista a Constituição e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar em juízo como lei predominante, não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição e enxergar uma só lei. Tal doutrina aludiria aos fundamentos de todas as constituições escritas. Equivaleria a estabelecer que um ato, de todo modo inválido, segundo os princípios e a teoria de nosso governo, é, contudo, inteiramente obrigatório, na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o que lhe é explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. Equivaleria a, de um só fôlego, dar à legislatura uma onipotência prática e real, professando circunscrever-lhe os poderes em estreitos limites e outorgar-lhe o arbítrio de excedê-los a seu bel-prazer. Para se repelir semelhante interpretação, bastaria advertir que ela reduz a nada o que estamos habituados a encarar como o maior dos melhoramentos em matéria de instituições políticas: a vantagem de uma constituição escrita. E bastaria de si só isso, na América, onde com tanta reverência se estima o benefício das constituições escritas, para se condenar essa hermenêutica. *Apud* Rui Barbosa, "Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal", Obras Completas, Vol. XX, tomo V, p. 65 e ss.

(39) "É possível que o vício da inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno (...). O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade administrativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador, permitindo aferir a compatibilidade das opções políticas com os princípios consagrados na Constituição. Nega-se, assim, à providên-

E, afinal, seguimos desde 1891, a escola norte-americana do *judicial review*. Sobrepassando os órgãos públicos, os poderes políticos, está a Constituição; se ela determina ou impõe atividades ou atuação, em vista de um objetivo jurídico valioso, não há discricionariedade a se lhe contrapor. As imposições normativas retiram a opção do Administrador quanto ao momento e finalidade do ato a ser praticado; se não for cumprido, curial possa o Poder Judiciário, provocado por algum legitimado, impor a opção contida na norma (atualização da norma)

### Conclusões

A intervenção do Ministério Público nos processos, tendo em vista a defesa da ordem jurídica (natureza da lide) ou o direito individual indisponível (qualidade da parte), tem sempre em vista a 'máxima efetivação' do interesse público, presente na relação jurídica em si ou em relação ao sujeito da relação jurídica.

Existem imposições constitucionais também dirigidas ao Executivo; a maioria já tem concreção legal e portanto deve ser aplicada em relação à ação civil pública o princípio da legalidade em todos os seus termos, inclusive quando há omissão do poder público (art. 129, II), com provimentos mandamentais e de obrigação de fazer e não fazer ao Poder Público.

O limite do zelo do interesse público e das possibilidades da ação civil pública (art. 129, II, e III, da CR/88) é a da destinação institucional do *parquet* (exercer outras funções 'desde que compatíveis com sua finalidade'), 'compatibilidade finalista'.

Não se confunde ADIn e ação civil pública. A última, presente a questão da constitucionalidade *incidenter*, é modalidade de controle incidental-difuso, o controle coletivo da constitucionalidade.

Pode o Judiciário, sem violar a tripartição de poderes, expedir provimentos mandamentais ao Executivo, para agir ou não agir (fazer ou não fazer), sempre que a Constituição ou lei assim indicarem, atuação judicial nos casos concretos. Quando se tratar da consecução de obra necessária à prestação de serviço público ou concreção de finalidade pública, a escolha dos meios técnicos remanesce ao administrador, entendendo que a escolha será sempre a melhor possível; sujeita também à 'reserva do financeiramente possível'.

---

cia legislativa o atributo de um ato livre no fim, consagrando-se a vinculação do ato legislativo a uma finalidade ( ) a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre os meios e os fins." GILMAR FERREIRA MENDES, "Controle de Constitucionalidade", p. 38 e ss. Veja também FRANCO MODOUGNO, *L'invalidità della Legge*, Milano. Dott. A. Giuffrè, 1970, p. 333 e ss.